

SEÇÃO ESPECIAL
PRECEDENTESPRECEDENTES VINCULANTES
À BRASILEIRA?**Murilo Strätz**

Mestre em Direito pela
Universidade Federal do Rio
de Janeiro, Rio de Janeiro,
Brasil. murilostratz@uol.com.br.

Recebido: abril 6, 2017**Aceito:** abril 28, 2017

Brazilian style binding precedents?

RESUMO

Trata-se de breve estudo sobre as regras processuais que atribuem certos graus de efeito vinculante a determinados pronunciamentos judiciais, tais como encartadas pelo legislador de 2015 no subsistema instituído pelo Novo Código de Processo Civil. A análise de tais preceitos legais, porém, não se resume a uma abordagem meramente normativa (descritiva ou manualesca) desse recente fenômeno, tampouco pretende encaixá-los na doutrina estrangeira relativa aos precedentes vinculantes (*binding precedents*) encontrados nos sistemas que adotam o *stare decisis*. Procura-se entender as noveis formas de pronunciamentos vinculantes a partir de um modelo civilístico que, não obstante se antagonize ao tronco anglo-saxão, também preza pela segurança jurídica como um princípio primordial.

Palavras-chave: Direito Comparado, Hermenêutica, Precedente, Estado de Direito, Isonomia, Universalismo.

Abstract

This is a brief study of the procedural rules that assign several degrees of binding effect to certain judicial pronouncements, such as those included by the 2015 legislator in the subsystem established by the New Code of Civil Procedure. The analysis of such legal precepts, however, is not limited to a purely normative (descriptive or manual format) approach to this recent phenomenon, nor does it intend to fit them into the foreign doctrine concerning binding precedents found in systems that adopt the *stare decisis*. It seeks to understand the new forms of binding pronouncements from a civil law model that, despite antagonizing the Anglo-Saxon trunk, also values juridical security as a primordial principle.

Keywords: Comparative Law, Hermeneutics, Precedent, Rule of Law, Equality, Universalism.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo ocupa-se, inicialmente, de traçar certas balizas históricas relativamente à formação do nosso arcabouço processual, com vistas a demonstrar que as raízes de nossa família jurídica são de matriz preponderantemente civilística, em contraposição à tradição casuística do Direito Comum (*Common Law*).

Concluída a breve retrospectiva histórica que culmina no apogeu do Positivismo Jurídico, o texto passa, no item 3, a tentar demonstrar o esgotamento da metodologia positivista enquanto pano de fundo da processualística contemporânea, embora a cultura da discricionariedade judicial persista ainda arraigada no “senso comum teórico dos juristas” (para valer-me da célebre expressão cunhada por Luis Alberto Warat).

Na sequência (item 4), desenvolve-se a tese da vinculação a determinados pronunciamentos judiciais como técnica voltada à previsibilidade do Direito, para, no item 5, demonstrar a interpenetração existente entre as duas principais famílias jurídicas (*Civil Law* e *Common Law*), sobretudo no que tange ao valor dos precedentes.

Finaliza-se a construção do texto com a análise de um emblemático julgamento ocorrido em 1993, em que a Primeira Seção do Tribunal Constitucional de Portugal declara que os assentos – instituto lusitano análogo aos enunciados da nossa súmula vinculante – não são fontes de direito e, portanto, que é inconstitucional atribuir-lhes força obrigatória geral, como se de lei se tratasse.

2. O SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO, EMBORA *SUI GENERIS*, INTEGRA O MODELO CIVILÍSTICO

Portugal, como não poderia deixar de ser, herdou uma tradição jurídica iniciada na Europa Continental a partir do Direito Romano e do Direito Canônico, posteriormente legando ao Brasil, sua recém-emancipada Colônia, a legislação lusitana do Reino, inclusive a que tratava do Processo Civil¹.

Na Roma Antiga, a vivência prática do Direito no caso concreto se confundia com a própria noção de Direito, de sorte que os pretores e jurisconsultos restringiam-se a dizer o direito para cada controvérsia

¹ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 111-114.

individual que lhes fosse submetida à apreciação, sem, contudo, qualquer pretensão de se atribuir generalidade aos fundamentos utilizados na decisão. Mas essas decisões foram sedimentando-se com o tempo e passaram a transformar-se em máximas amiúde obrigatórias, as quais se deveriam reproduzir sempre que o caso fosse praticamente idêntico, o que se fazia, sobretudo àquela época, em homenagem à exclusiva autoridade que se atribuía aos cinco maiores juristas da época. Assim, as máximas estabelecidas por Papiniano, Ulpiano, Modestino, Gaio e Paulo eram as únicas que poderiam em juízo ser utilizadas como fundamento jurídico de uma pretensão ou sentença, de acordo com a Lei das Citações adotada no ano de 426 d.C. Tratava-se de restringir, por via legal, o uso do argumento de autoridade, que somente poderia referir-se a cinco juristas de proeminência reconhecida na fase do *Dominato*, em pleno Império Romano².

Já a partir dos séculos XI e XII, a aplicação do Direito na vertente romana passou a exigir dos operadores jurídicos uma interpretação dos textos legais, o que não era empresa fácil, já que as leis romanas estavam escritas em latim e compunham um hermético diploma posteriormente conhecido como *Corpus Iuris Civilis*. Os juristas da Idade Média, porém, somente tiveram acesso a este diploma em 1080, embora desde o século VI as leis romanas nele já estivessem compiladas por ordem do Imperador Justiniano. A elucidação das complexas regras ali contidas demandava a intermediação de cultos professores, os quais, reunidos no que se passou a chamar de Escola de Borgonha, incumbiam-se da elaboração de comentários ou *glosas* feitas à margem de cada dispositivo legal comentado³.

Essa prática jurídica de matriz universitária até hoje influencia o tronco a que se liga o Direito brasileiro, a ponto de alguns autores chamarem o *Civil Law* de o “Direito dos Professores”, em contraposição ao “Direito dos Juízes” que caracterizaria o *Common Law*⁴. Otávio Luiz Rodrigues Junior, todavia, adverte que tal linha divisória entre as clássicas famílias jurídicas vem se tornando mais frágil,

² Cf. LACOMBE, 2003, p. 25 e MATOS PEIXOTO, 1997, p. 120.

³ V. LACOMBE, 2003, pp. 26-27.

⁴ No *Common Law* dos Estados Unidos da América, porém, a contribuição dos professores universitários também é acentuada nas decisões judiciais, conforme se verá mais adiante neste artigo.

dando como exemplo disso o aumento da influência da opinião dos doutos nas decisões de tribunais ingleses e o total repúdio à sua utilização em sentenças judiciais na Itália e na França, onde há regras legais que expressamente proibem citações doutrinárias no corpo das decisões⁵.

Mas foram os ideais racionalistas e isonômicos do Iluminismo que realmente lançaram as bases do que posteriormente veio a caracterizar o modelo judicial brasileiro, de modo que, até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), o nosso Direito seguia, em termos infraconstitucionais, a estrita tradição legalista⁶ que se iniciou a partir da Revolução Francesa com a Era das Codificações, cujos escopos principais eram o de evitar o protagonismo judicial (impondo-se a figura do “juiz boca-da-lei”) e o de racionalizar ao máximo a legislação (reunindo-a em um diploma único que regulasse totalmente determinado campo de Direito). A lei deveria a todos ser aplicada igualmente, dada a fundada desconfiança que os revolucionários nutriam pelos magistrados do Antigo Regime. Emblemáticos desse período histórico foram os códigos civis francês e alemão, respectivamente, *Code Civil* (ou Código Napoleônico), de 1804, e *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), de 1900.

Enfim, conforme se abordará adiante, não concordamos com a afirmação de que o Novo Código (NCPC/2015) tenha incorporado ao Direito brasileiro o sistema de *stare decisis*. Aliás, considerando que o Supremo Tribunal Federal também exerce jurisdição criminal e trabalhista, um diploma legal voltado a reger a jurisdição civil (NCPC, art. 16) nem poderia mesmo alterar a sistemática legal prevista em outros ramos do Direito Processual, tais como o processo penal e o processo penal militar, e muito menos subverter o modelo jurisdicional previsto na Constituição, pois a via legal seria tecnicamente inidônea para tanto. Longe de ter importado qualquer modelo estrangeiro ou alterado, por via oblíqua, a Constituição, o CPC/2015 limitou-se prestigiar a força de determinados pronunciamentos

⁵ RODRIGUES JUNIOR, 2012.

⁶ Alguns autores denominam de “paleojuspositivismo” tal período histórico, em que a cultura legalista era representada por esse juspositivismo primitivo, primevo ou de exegético, representado na França pela Escola da Exegese e na Alemanha pela Jurisprudência dos Conceitos. A essa primeira versão de positivismo se seguiu o positivismo normativista ou kelseniano, que, admitindo o discricionarismo judicial e o solipsismo decisionista, é o principal alvo das críticas hermenêuticas feitas a partir do paradigma neoconstitucional do Estado Democrático de Direito. Cf. STRECK, 2016c, pp. 119-125.

judiciais, o que homenageia a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade, o desestímulo à litigância excessiva, a confiança, a igualdade perante a jurisdição, a coerência, o respeito à hierarquia, a imparcialidade, o favorecimento de acordos, a economia processual (de processos e de despesas) e a maior eficiência. Sob esse aspecto, Ronaldo Cramer⁷ enaltece a importância de se prestigiarem não só os fundamentos deontológicos (segurança jurídica e isonomia), mas também os fundamentos pragmáticos (duração razoável do processo, desestímulo à litigância e solução para as causas repetitivas) que legitimam a adoção de um sistema de precedentes.

O direito processual brasileiro é composto por um complexo sistema que combina elementos das tradicionais famílias jurídicas, o que o torna *sui generis*. Com efeito, o nosso modelo jurisdicional não adota um modelo de precedentes, nem mesmo após a promulgação do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), pois aqui é a própria lei que serve de fundamento de validade ao precedente. O valor jurídico deste é dado pelo Legislativo, e não pelo Judiciário, ao contrário do que se dá no *Common Law*, em que o valor do precedente é reconhecido por si só, sem intermediação legal. Nossa fonte formal do direito continua sendo, portanto, a lei, já que é esta que confere autoridade aos pronunciamentos judiciais elencados no art. 927 do Novo Código. Além disso, conforme se verá a seguir, as nossas modalidades decisórias vinculantes sequer se enquadram, tecnicamente, na noção anglo-saxônica de precedente. E nessa noção nem precisariam mesmo se enquadrar as *teses jurídicas* firmadas pelo Supremo e pelo STJ, já que, se no *Common Law* um precedente só obriga quando possui uma intrínseca autoridade argumentativa, aqui no Brasil alguns pronunciamentos judiciais só possuem autoridade porque legalmente obrigam.

No Novo Código, destarte, é o *statute law* que contraditoriamente estabelece o valor jurídico do *case law*. Não se trata, portanto, de *Common Law*, nem do tipo de precedente que caracteriza sistema anglo-saxônico, embora haja inegável aproximação entre as famílias jurídicas, conforme se verá a seguir.

⁷ CRAMER, 2016, p. 54-64.

3. ESGOTAMENTO DO(S) MODELO(S) POSITIVISTA(S)

Nem o modelo individualista de processo judicial aclamado na década de 1970 do século passado nem o modelo de demandas coletivas disciplinado pelo microssistema legal de tutela coletiva (Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor) atenderam, de modo eficaz, às legítimas expectativas de um número cada vez maior de jurisdicionados, considerando-se a crescente multiplicidade de casos repetitivos⁸ (litigância de massa) e a necessidade de que o Judiciário resolva esse excesso de litigiosidade de modo uniforme, participativo / democrático⁹, isonômico, em tempo razoável e atento à segurança jurídica, sem que se desconsiderem, por outro lado, as especificidades de cada caso concreto.

Tampouco as festejadas três ondas renovatórias¹⁰, propugnadas na década de setenta do século passado por Cappelletti e Garth, foram suficientes para que a jurisdição fosse prestada de modo efetivamente isonômico, considerada a isonomia em suas três dimensões: igualdade *ao* processo (direito de acesso à justiça); igualdade *no* processo (direito ao contraditório substancial e à paridade de armas); e igualdade *pelo* processo (direito de receber do Judiciário, como resultado da tutela prestada, tratamento coerente e análogo ao recebido pelos jurisdicionados que se encontrem em situação semelhante).

O que se vê na prática do caos judiciário são pilhas de processos que aguardam há anos uma solução. Essa demora inaceitável não decorre, porém, apenas da falta de estrutura da máquina judiciária ou do preparo inadequado de seus membros e servidores para a correta verificação das nuances fáticas de cada demanda. Tal morosidade também advém da falta de definição institucional do direito aplicável às controvérsias deduzidas em juízo, dada a dispersão

⁸ Tanto as demandas individuais quanto as coletivas podem constituir, ou não, causas repetitivas. Os julgamentos de casos repetitivos podem ter por objeto questão de direito material ou processual. É o que prevê o parágrafo único do art. 928 do Novo Código.

⁹ Ver MARINONI; ARENHART; MITDIERO, 2016.

¹⁰ Em suma, a primeira onda buscou remover o obstáculo econômico do acesso à justiça, sobretudo por meio da assistência judiciária gratuita. A segunda onda propôs-se a dar adequada representação à defesa, em juízo, de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por meio do microssistema de tutela coletiva. A terceira onda, por fim, pretendeu assegurar um resultado prático, efetivo e útil aos que demandam justiça, considerando que o exercício da jurisdição não poderia mais restringir-se ao mero funcionamento formal-burocrático do aparelho judicante, mas sim contemplar uma política pública dedicada a assegurar a satisfação do direito material vindicado, seja por via judicial, seja por via extrajudicial. Cf. CAPPELLETTI; GARTH, 1988.

jurisprudencial que se verifica em relação à maior parte das questões jurídicas que costumam ser discutidas nos autos, cada juiz e tribunal decidindo à sua maneira sobre o sentido que deve ser dado aos preceitos constitucionais e legais. Toda e qualquer regra de direito, positivada ou não, estará potencialmente sujeita a interpretações polissêmicas, pois cabe ao intérprete atribuir sentido à norma. Em verdade, texto e norma não se confundem, pois é a interpretação do primeiro que gera a segunda, de modo que um preceito legal se torna a norma do caso concreto quando do seu texto se depreende a regra solvente da controvérsia jurídica.

O Novo Código, rompendo com a tradição positivista que marcava o Diploma Processual de 1973, inaugura uma nova era, dita pós-positivista¹¹, em que a hermenêutica processual não se exaure nos limites de uma codificação de pretensões totalizantes, mas toma como ponto de partida cláusulas gerais, cujo sentido está sempre aberto ao influxo das regras e dos princípios constitucionais.

Neste sentido, o Código assevera, expressamente, em seu art. 1º, que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, e, no art. 8º, que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, resguardará e promoverá a dignidade da pessoa humana, bem como observará a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Como se vê, a postura pós-positivista - a englobar diversas matizes que não são objeto deste artigo - não se satisfaz com a vetusta visão, sustentada pelo clássico positivismo kelseniano, de que bastava à decisão judicial que não destoasse dos limites da lei. Agora, a congruência da decisão deve prestar contas não só à lei, mas sim, e sobretudo, àquilo que seja racionalmente defensável em um viés argumentativo.

Atualmente, a leitura de Kelsen provoca celeuma ao afirmar que:

¹¹ Não é objeto do presente artigo o aprofundamento dos estudos (vastíssimos) sobre os vários conceitos de pós-positivismo, nem em quais subtipos tal marco teórico se desdobra, sob pena de se perder o foco deste modesto trabalho, cujo tema central pertence, preponderantemente, ao campo do Direito Processual, embora faça incursões pontuais em tópicos de Teoria do Direito, Hermenêutica Constitucional e Filosofia do Direito. Sobre o assunto, v. STRECK, 2016c, pp. 134-135.

O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância¹².

E, em arremate, aduz que “Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (legal)”¹³, porquanto:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito¹⁴.

Com base nisso, Kelsen reconhece que é consideravelmente limitada a possibilidade de predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais¹⁵. Porém, na sua visão, este fato não justifica a concepção segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum, a ideia de que todo Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais, mas apenas normas jurídicas individuais.

Apesar de Kelsen negar que as normas jurídicas individuais possam existir independentemente das normas jurídicas gerais, ele não consegue descrever, de modo convincente, o mecanismo pelo qual as normas jurídicas gerais logram, de modo racional, predeterminar o conteúdo das primeiras, sem que o julgador incorra em decisionismos. Aliás, para Kelsen, as decisões são atos de vontade, e não

¹² Kelsen, 1987, p. 285

¹³ *Ibid.*, p. 286

¹⁴ *Ibid.*, p. 290

¹⁵ *Ibid.*, p. 297

inferências ou atos de cognição, o que o levou a negar qualquer tipo de lógica às normas ou ao pensamento normativo. Kelsen entende que, como as regras não contêm “valor-verdade”¹⁶ (é impossível atribuir a elas juízos de verdade ou falsidade, de forma inteligível), elas não podem servir como premissas para um raciocínio lógico em sentido forte.

O paradigma neoconstitucional¹⁷, com exceção de Dworkin¹⁸, insurge-se contra a afirmação de que “o conteúdo da norma jurídica individual está predeterminado pela norma jurídica geral”.

Segundo a metodologia¹⁹ que serve de pano de fundo aos diversos formatos de neoconstitucionalismo, a lei geral e abstrata não tem o poder de determinar, de antemão, o conteúdo da norma que regerá o caso concreto, especialmente no que tange às peculiaridades que o podem excepcionar do âmbito de aplicação daquela previsão geral. Essa indeterminabilidade não constitui afronta à segurança jurídica, senão sua própria garantia, no que tange aos ideais de

¹⁶ MacCormick afirma que, embora as regras não tenham valor-verdade, a interpretação jurídica que se faz delas pode possuir valor-verdade (2008, p. 88-89).

¹⁷ Embora não seja objeto do presente ensaio aprofundar conceitualmente o complexo e multifacetado fenômeno do neoconstitucionalismo – o que exigiria, no mínimo, um vastíssimo estudo apenas para estabelecer os pilares centrais de seus principais marcos teóricos –, cabe rapidamente reportar que as maiores referências no nascimento desse novo direito constitucional são a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. Para mais informações, vide: BARROSO, 2005.

¹⁸ A concepção dworkiniana de Direito como integridade, ao combater o positivismo e a discricionariedade judicial neste pressuposta (enquanto teoria descritiva), filia-se a uma teoria formalista (declaratória, em contraposição às teorias instrumentalistas) e normativa (em contraposição às teorias descritivas) do Direito, segundo a qual o ordenamento jurídico, por também ser composto de princípios (além de regras) e de uma história institucional, seria completo (íntegro, sem lacunas nem contradições) e, por isso, forneceria sempre a resposta correta para cada caso, por mais difícil que este seja. Destarte, o juiz jamais teria a opção decisionista de “escolher” entre uma ou outra solução (entre as várias que o ordenamento proporcionaria, segundo os positivistas), já que a solução de cada caso já estaria predeterminada pelo sistema jurídico (incluía sua principiologia e história institucional), ainda que não em forma de regra expressa, cabendo por isso ao juiz apenas revelá-la (e não criá-la) a partir da interpretação reconstrutiva (a teoria do Direito em Dworkin é interpretativa, em contraposição às teorias semânticas / ontológicas / pré-interpretativas do Direito, que o concebem como realidade estabelecida de antemão). Para Dworkin, o Direito é “um conceito interpretativo”, e não algo dado independentemente do ideal moral e político à luz do qual ele é interpretado. DWORKIN, 1999.

¹⁹ Citando a assertiva de Karl Larenz segundo a qual “Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”, Robert Alexy afirma que tal constatação é um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea (2011, p. 19). Isso implica dizer que a metodologia positivista não serve mais como pano de fundo metodológico das mais variadas tendências e vertentes de direito contemporâneo, desde meados do século passado.

cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade²⁰. Dworkin, porém, como se sabe, discorda desse entendimento, pois reputa decisionista a concepção que permita ao aplicador do Direito criar norma que não conste do ordenamento jurídico e aplicá-la retroativamente aos fatos ocorridos antes de tal criação (*ex post facto*).

O paradigma neoconstitucional insurge-se também, de outro lado, contra as afirmações de que o “o tribunal pode criar uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado pela norma geral”, pois o reconhecimento deste decisionismo implicaria afronta ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Para o neoconstitucionalismo *lato sensu*, uma das missões da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) consiste em analisar a racionalidade que inspira o raciocínio jurídico, a racionalidade que deve presidir o trânsito desde uma disposição legal à interpretação resultante em um caso concreto por parte de um juiz. Este trânsito é, segundo Maccormick²¹, denominado por Peczenik como “salto” ou “transformação”, já que a passagem de um enunciado normativo para a sua interpretação / aplicação ao caso concreto não tem um caráter abertamente lógico, já que não é uma simples consequência lógico-dedutiva. Quanto mais difícil for um caso, maior será este “salto” ou “transformação”.

Há quem sustente que todos os casos são difíceis, porque todos os casos são, pelo menos teoricamente, capazes de provocar controvérsia. Todos os casos são problematizáveis teoricamente. No entanto, a realidade é que na prática do Direito todos temos a sensação de que há casos que provocam discrepâncias sérias, enquanto que outros se resolvem de forma rotineira, como se não houvesse a menor sombra de dúvida acerca de como se teria que decidir.

Infere-se, portanto, que teoricamente todos os casos são difíceis, mas na prática se deve distinguir entre casos fáceis e casos difíceis. Em outras palavras, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis se mantém em um nível pragmático, cujos meandros o positivismo clássico não consegue – e nunca conseguiu – planificar.

²⁰ Humberto Ávila (2012, p. 176-177) esclarece que a concepção do Direito como prática argumentativa pode perfeitamente se compatibilizar com os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade.

²¹ MACCORMICK, 2008, p. 23-25

4. A VINCULAÇÃO COMO TÉCNICA VOLTADA À PREVISIBILIDADE

O Novo Código estabelece pronunciamentos vinculantes cuja previsão vai além do texto constitucional. Vale dizer, o Código impõe que determinadas decisões, acórdãos, enunciados sumulares e orientações sejam obrigatoriamente seguidas (ou observadas) por juízes e tribunais, em hipóteses não previstas na Constituição da República.

O art. 927 do Novo Código estabelece que os juízes e tribunais “observarão”: a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR); d) os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (REsp’s repetitivos); e) os enunciados da súmula do Supremo em matéria constitucional e da súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; f) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (a vinculação, neste caso, aplica-se somente aos magistrados que integrem o respectivo tribunal, e não a juízes ligados a tribunais diversos, ainda que hierarquicamente inferiores).

Muito se questiona sobre o conteúdo semântico da oração “os juízes observarão tais e quais pronunciamentos”. Antes de se responder tal questionamento, deve-se fazer uma breve digressão sobre o trajeto que o Projeto de Código percorreu até chegar à redação final do referido art. 927.

O Anteprojeto partiu do Senado, e seu art. 847, IV, previa, originalmente, que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”²². Como se vê, não se falava “os juízes e tribunais observarão” a jurisprudência superior, mas apenas que esta deveria servir de “norte” às suas decisões.

Posteriormente, aprovado o Projeto no Senado, aquele art. 847 foi renumerado como art. 882, mantendo-se a mesma redação do reproduzido inciso IV. A única alteração deu-se no *caput* do dispositivo,

²² Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 08.11.2016.

com a inclusão da expressão “em princípio”, que passou a ter a seguinte redação: “Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: (...)”²³. Logo, houve modificação substancial, já que a expressão “em princípio” retirou o caráter absoluto da vinculação antes operada pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Modificação maior, porém, deu-se na Câmara dos Deputados, Casa revisora, que criou um segmento intitulado “Do precedente judicial” (Capítulo XV do Título I do Livro I da Parte Especial), cujo art. 521, IV, previa que, “não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional”. Já o inciso V estabelecia que, “não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nessa ordem”. E o inciso VI previa que “os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nessa ordem”²⁴.

Tal modificação operada pela Câmara foi eliminada pelo Senado quando o Projeto retornou à Casa iniciadora, que aboliu aquele Capítulo intitulado “Do precedente judicial” e conferiu a atual redação que prevaleceu no art. 927, tal como a conhecemos hoje.

Há, porém, quem sustente, como fez Streck, que o verbo “observarão” não significaria “estarão obrigados a seguir”, pois o art. 927 não fez constar a palavra “vinculação”²⁵. Mas, segundo a abalizada opinião de renomados autores como Humberto Theodoro Jr.²⁶, Cândido Rangel

²³ Disponível em http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t_84495&tp=1. Acesso em 08.11.2016.

²⁴ Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em 08.11.2016.

²⁵ “E, para não esquecer: o CPC fala que juízes e tribunais “observarão”. Não há a palavra ‘vinculação.’” STRECK, 2016, CONSULTOR JURÍDICO. <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii#sdfootnote6anc>. Acesso em 27/10/2016).

²⁶ THEODORO JR., 2016, p. 359-372.

Dinamarco²⁷, Fredie Didier Jr.²⁸ e Hermes Zaneti Jr.²⁹, apenas para citar alguns, o comando verbal “observação” é suficiente para denotar que os juízes e tribunais estão, sim, obrigados a seguir os pronunciamentos elencados no art. 927. Já Luiz Guilherme Marinoni³⁰ vai além, entendendo, radicalmente, que os pronunciamentos emanados das Cortes Supremas, por serem precedentes, são sempre obrigatórios, independentemente de estarem ou não contidos no art. 927.

Menos respeitáveis não são os autores³¹ que sustentam a inconstitucionalidade da vinculação operada pelo Novo Código, na parte em que extrapola a previsão constitucional, a qual se limita a atribuir efeitos vinculantes às decisões em controle concentrado e aos enunciados de súmula vinculante emanados pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a intensa discussão doutrinária que cerca o novel dispositivo legal, fato é que os pronunciamentos elencados no art. 927 revestem-se sim, ainda que em menor ou maior grau, de efeitos vinculantes, até porque a interpretação deste dispositivo legal deve ser feita de modo sistemático com outros artigos do Código, que preveem mecanismos voltados a assegurar a obrigatoria observância daqueles tipos de decisão por parte dos juízes em geral.

Entre tais dispositivos legais, destaca-se o art. 988, que disciplina o cabimento de reclamação, por exemplo, para garantir a observância de precedente formado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou em incidente de assunção de competência (IAC), bem como para assegurar, desde que esgotadas as instâncias ordinárias, a autoridade de acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em recursos extraordinário ou especial repetitivos.

Além do art. 988, os seguintes dispositivos legais também convergem para atribuir mais ou menos força aos pronunciamentos elencados no referido art. 927:

²⁷ DINAMARCO e LOPES, 2016, p. 43-44.

²⁸ DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA; 2015, p. 455.

²⁹ ZANETI JR., 2016a, p. 340 e ss.

³⁰ MARINONI, 2010, p. 285

³¹ Citam-se, a título ilustrativo, Lenio Streck, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Marcelo Cattoni, Flávio Quinaud, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, Cassio Scarpinella Bueno, José Miguel Garcia Medina, José Rogério Cruz e Tucci, Maurício Ramires, Júlio Rossi, Marcos Cavalcanti, Eduardo Fonseca, Lucio Delfino, Francisco Borges Motta, entre outros.

Art. 311, II, que autoriza a concessão de tutela de evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

art. 332, que possibilita julgamento liminar de improcedência das pretensões que versem exclusivamente sobre questão de direito e contrariem enunciados de súmulas do STF ou do STJ, acórdãos proferidos pelo STF ou STJ em julgamento de recursos excepcionais repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de Tribunal de Justiça quanto ao direito local.

art. 496, § 4º, que afasta o cabimento de remessa necessária quando a sentença estiver fundada em: I) súmula de tribunal superior; II) acórdão proferido pelo STJ ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; III) entendimento firmado em IRDR ou IAC; e IV) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

art. 521, IV, que franqueia a dispensa de caução nos casos de cumprimento provisório de sentença consonante com súmula da jurisprudência do STF ou do STJ ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

art. 932, inciso IV, que permite ao Relator, unipessoalmente, negar provimento a recurso cuja tese for contrária a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou ainda a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Já o inciso V do referido art. 932 atribui ao Relator o poder de, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento a recurso interposto em face de decisão que for contrária às balizas elencadas acima.

Após alteração promovida pela Câmara dos Deputados (Casa Revisora do Projeto que se converteu no Novo Código), o art. 521, § 3º, do Projeto previa que somente a opinião majoritária dos julgadores sobre os mesmos fundamentos é que teria efeito vinculante, mas tal previsão não foi mantida pelo Senado na aprovação final do texto. De acordo com a redação prevalecente, portanto, não há mais tal

limitação. Isso levou o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) a elaborar o Enunciado nº 319, com o seguinte teor, verbis: “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante. (Grupo: Precedentes)”. Aplicáveis à hipótese são também os Enunciados 317 e 318 do mesmo FPPC.

Como se vê, o Novo Código, de um lado, foi muito além do rol de decisões que o texto constitucional, em seus artigos 102, § 2º, e 103-A, prevê como vinculantes, rol este que se resumia à súmula vinculante e às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Porém, a questão da constitucionalidade dessa ampliação temática, por via legal, do rol de pronunciamentos judiciais vinculantes não será, infelizmente, objeto do presente estudo.

De outro lado, porém, o Novo Código não atribuiu a todos os pronunciamentos previstos no art. 927 a aptidão de ensejar o manejo da reclamação prevista no art. 988, o que leva a doutrina³² a debater sobre a existência de graus, menores ou maiores, de vinculação que cada tipo de pronunciamento elencado no art. 927 carrega. Alexandre Freitas Câmara entende que não é propriamente o art. 927 que atribui força vinculante aos pronunciamentos ali previstos, pois tal caráter obrigatório na verdade é conferido por outros dispositivos legislativos, o que, todavia, não desobriga os juízes de manifestarem expressamente as razões pelas quais deixam de seguir aqueles precedentes superiores, uma vez que o art. 927 lhes imporia um ônus argumentativo³³.

Assim, de acordo com o art. 988, não desafiam reclamação as decisões que desrespeitem os enunciados de súmula do STF em matéria constitucional ou do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV do art. 927), bem como as que destoem da orientação do plenário ou do órgão especial (inciso V do art. 927), embora tais pronunciamentos possam ensejar até mesmo ação rescisória por manifesta violação

³² Teresa Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, por exemplo, entendem que apenas os provimentos previstos no art. 988 ostentariam efeito vinculante, pois não teria “obrigatoriedade forte” um pronunciamento cuja autoridade não pudesse ser assegurada pela via reclamatória. WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 1315.

³³ CÂMARA, 2016a, p. 433-434.

de norma jurídica (art. 966, V e § 5º), além de julgamento liminar de improcedência do pedido e dispensa do duplo grau obrigatório.

Essa incongruência do Novo Código leva a doutrina a perscrutar sobre a existência de precedentes vinculantes de um lado, de precedentes meramente normativos (ou impeditivos de recurso) de outro, e, por fim, de precedentes sem qualquer densidade normativa, senão com eficácia apenas persuasiva, seguindo-se uma ordem decrescente de vinculação³⁴.

Daniel Neves, por sua vez, diferencia a expressão já decantada “súmula vinculante” (inciso II do art. 927) daquilo que denomina “súmula com eficácia vinculante” (inciso IV do art. 927), para concluir, porém, que nenhuma diferença prática deve haver em termos de vinculação entre ambas³⁵.

A Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, veio a alterar o Novo Código de Processo Civil, ainda durante a sua *vacatio legis*, para restringir o cabimento de reclamação em face de decisões que desrespeitem os precedentes obrigatórios criados em julgamento de repercussão geral pelo Supremo e em julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, pois, nessas hipóteses, a reclamação passa a ser considerada “inadmissível quando não esgotadas as instâncias ordinárias” (inciso II do § 5º do art. 988, na redação dada por aquela Lei).

Essa alteração equivale a dizer que a reclamação, na hipótese do art. 927, III, *in fine*, somente será processada depois de interpostos todos os recursos no bojo dos quais se possa revisar a matéria de fato, vale dizer, depois de exauridas a primeira e a segunda instâncias de julgamento. Trata-se de severa limitação a imposta pela Lei nº 13.256/2016 ao uso de reclamação para garantia da autoridade dos pronunciamentos do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça em sede de repercussão geral e de recursos extraordinários e especial repetitivos.

Trata-se de lei mal formulada tecnicamente e aprovada em resposta ao *lobby* do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça, temerosos que estavam com o risco iminente de receberem um acréscimo de milhares de reclamações com a entrada em vigor do Novo Código.

³⁴ Ver PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 416.

³⁵ NEVES, 2016, p. 494.

De acordo com a redação dada ao art. 988 do Novo Código, uma decisão proferida por tribunal local em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) possui, paradoxalmente, efeito vinculante maior do que o atribuído a uma decisão proferida em sede de repercussão geral pelo Supremo, já que a autoridade desta não poderá ser assegurada por reclamação, ao passo que a daquela, sim.

Verifica-se, assim, que o rol de decisões do art. 988, cuja autoridade pode ser garantida mediante reclamação, além de não guardar sintonia com o rol previsto no art. 927 (este é mais extenso), não possui nem mesmo coerência interna, uma vez que confere maior proteção processual a certas decisões de tribunais inferiores do que a conferida a pronunciamentos similares do Supremo e do STJ, o que se revela contraditório e penoso ao jurisdicionado.

Afirma Daniel Neves, acertadamente e em tom crítico, que tal incongruência revelaria “uma eficácia vinculante jurídica com eficácia apenas persuasiva no plano prático”³⁶. Já Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello classificam como tendo: a) “eficácia intermediária” (ou “eficácia normativa em sentido fraco”) os pronunciamentos do art. 927 que não ensejem reclamação para a sua observância compulsória; b) “eficácia normativa em sentido forte” os que desafiem reclamação; e, por fim, c) “eficácia persuasiva” os que produzam efeitos apenas entre as partes³⁷. Já Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, afirma que não há gradação entre as hipóteses do art. 927, no que tange aos níveis de vinculação, já que, em sua opinião, todas elas seriam igualmente vinculantes³⁸.

5. O DIÁLOGO ENTRE AS PRINCIPAIS FAMÍLIAS JURÍDICAS

O sistema da *Common Law*, que vigora nos países de origem anglo-saxônica³⁹, é caracterizado por privilegiar a força dos usos e costumes em sua tradição jurídica, formando complexas regras consuetudinárias e deixando a lei como vetor norteador de segundo plano, ao contrário do que se observa nos países que, como o Brasil,

³⁶ *Ibid.*, p. 501

³⁷ BARROSO; MELLO, 2016.

³⁸ BUENO, 2015, p. 545-546

³⁹ “Os anglos e os saxões dominaram a Inglaterra por bastante tempo, de 597 até o início do século XI; inclusive o nome do país deriva desse período, pois *England* deriva de *Engla Land*, expressão em inglês arcaico que significa “terra dos anglos” (CRAMER, 2016, p. 14).

seguiram o legado deixado pelo Direito Romano e que integram o sistema da *Civil Law*, ou tronco Romano-Germânico.

Nasceu na Inglaterra a partir do século XI, sendo ali moldado pelas decisões históricas dos antigos Tribunais Reais de Justiça, que deveriam valer para todos os súditos (daí “direito comum”) em situação semelhante e das quais só cabia recurso à *Curia Regis*, formada pelo Rei e seus assessores mais próximos. É atualmente a base dos sistemas jurídicos dos seguintes países: Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, Estados Unidos da América (exceto o Estado da Louisiana), Canadá (exceto o direito civil do Quebec, que segue o modelo francês), Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Malásia, Brunei, Paquistão, Cingapura e Hong Kong, entre outros⁴⁰. As Cortes Reais, porém, consistiam numa jurisdição especial, já que a maioria dos casos era julgada pelas Cortes Locais situadas nos diversos feudos, cada um dos quais controlado por seu respectivo barão. Somente a partir do século XV é que as Cortes Reais passaram a ser os tribunais mais demandados da Inglaterra, e o *Common Law*, que antes só se referia aos assuntos do Rei, tornou-se o direito mais aplicado naquele país para qualquer tipo de questão judicial⁴¹.

Entrementes, a tradicional distinção segundo a qual o *common law* seria fundado sobre precedentes, ao passo que o *civil law* seria fundado na lei escrita, não tem mais, atualmente, qualquer valor descritivo, na abalizada opinião de Michele TARUFFO, para quem “nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita” (TARUFFO, 2011, p. 140). Chega-se a falar, já há bastante tempo, de “*statutorification* do *Common Law*”⁴², visto que, com o crescimento do direito legislado, sobra cada vez menos espaço para o *case law* ser criado no vácuo legal. Fala-se, também, de “*common-lawnização*”⁴³ ou “*precedentalização*” do *Civil Law*, citando-se como

⁴⁰ FIGUEIREDO, 2013, p. 92-95

⁴¹ CRAMER, 2016, p. 14-15

⁴² “The reasons for statutorification are too profound to be reversed, for courts are not capable of writing speedily enough most of the rules a modern society apparently needs” (CALABRESI, 1982, p. 163).

⁴³ Fredie DIDIER JR. e SOUZA, porém, repelem a ideia de que o sistema brasileiro esteja sofrendo um processo de “*commonlawnização*”. Entendem que, embora esteja em curso uma inegável tendência de convergência entre as tradicionais famílias jurídicas, o nosso sistema de precedentes somente poderá criar normas a partir das leis, de modo que nossos tribunais jamais poderão criar normas exclusivamente a partir dos casos (*case law*) que lhe são submetidos DIDIER; SOUZA, 2015, p. 105-106.

exemplo desse fenômeno a recente atribuição de força vinculante às decisões das Supremas Cortes da Alemanha, Itália, Espanha e Brasil⁴⁴.

Em recente obra, Taruffo reafirma que nem mesmo na Inglaterra, e muito menos nos Estados Unidos da América, o precedente tem eficácia formalmente vinculante, pois sua força varia de caso para caso e dependerá de sua capacidade argumentativa. Quanto melhores os fundamentos constantes do precedente, mais este será seguido pelos juízes como norte para a resolução dos casos futuros⁴⁵.

Para Cappelletti, porém, a distinção entre os dois sistemas permanece aguda, uma vez que as cortes continentais, normalmente formadas por agentes públicos não eleitos diretamente, são difusas, numerosas e responsáveis pelo julgamento de um número extenuante de processos, ao passo que as cortes do direito comum são compactas e formadas por membros eleitos pela população, o que lhes confere mais autoridade e maior legitimidade para decisões de conteúdo político mais acentuado. Além disso, as cortes de *Common Law* decidiriam de modo mais uniforme e teriam ampla discricionariedade de escolher, mediante *writ of certiorari*, os processos que julgará ⁴⁶.

O direito material define-se empiricamente no direito comum, na medida em que as questões são levadas à apreciação dos julgadores, que constroem a solução valendo-se de um método indutivo (partindo do particular para o geral), ao contrário do que se dá no sistema romano, em que a solução é engendrada a partir da norma geral em direção ao caso específico (método dedutivo)⁴⁷.

Sabe-se que a possibilidade de a Suprema Corte rever atos dos Estados que contrariem a Constituição ou Leis Federais, o chamado *judicial review*, é manifestação dos “poderes implícitos” que são conferidos, à União e a seus tribunais em detrimento dos Estados, pela *Supremacy Clause*, prevista no art. VI da Constituição Norte-Americana.

⁴⁴ Ver BARROSO; MELLO, 2016, p. 6.

⁴⁵ Ver TARUFFO, 2016, p. 239.

⁴⁶ CAPPELLETTI, 2007, p. 161

⁴⁷ TARUFFO observa que a argumentação jurídica, na aplicação do precedente, não tem “uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura *tópica*, no mesmo sentido esclarecido por Viehweg em *Topik und Jurisprudenz*”, de sorte que os precedentes “representam, de fato, os *topoi* que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da *Rechtsfindung* e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença)” (TARUFFO, 2011, pp. 140-141).

Porém, o *judicial review* do sistema estadunidense⁴⁸, que tem por função assegurar a supremacia da Constituição, faz com que os seus precedentes não tenham a mesma força vinculante que se observa nos precedentes britânicos.

Mas, tanto os norte-americanos, quanto os ingleses, quando interpretam a lei, não se valem da analogia nem interpretação extensiva, as quais têm lugar apenas na interpretação dos precedentes (*case law*). Tal postura se deve, historicamente, à desconfiança com que os juízes viam os atos emanados do Legislativo, os quais, no entender dos magistrados, limitariam seu poder de criar o Direito para o caso concreto. Considerando que a Constituição Norte-Americana é sintética, pouco ou nada estabelecendo a respeito de uma plêiade de importantes assuntos que diuturnamente batem às portas do Judiciário, à Suprema Corte tem sido reservado o papel de construir o arcabouço jurídico a partir do qual a interpretação constitucional deve ser norteadada. Assim se deu, por exemplo, no julgamento, em 1973, do caso em que se reconheceu às mulheres o direito ao aborto (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113), pois não havia qualquer dispositivo constitucional expresso neste sentido. A Suprema Corte aplicou ao caso a proteção à intimidade e a cláusula do devido processo legal, entendendo, assim, que a penalização do aborto feria tais postulados constitucionais.

Taruffo atribui aos precedentes um papel ordenador do que chama de “caos da jurisprudência” ou “caos indistinto da praxe judiciária”⁴⁹.

É exatamente isso o que acontece na Suprema Corte estadunidense e na recente Suprema Corte do Reino Unido, onde o número anual de processos julgados é infinitamente menor do que os julgados, por exemplo, pelo STF ou pela Corte de Cassação italiana.

TARUFFO aponta que a *House of Lords* (hoje substituída pela *UK Supreme Court*) profere, em média, *menos de cem decisões por ano*, e que a Suprema Corte estadunidense decide menos de duzentos

⁴⁸ Ver VASQUEZ SOTELO, 1998, p. 364.

⁴⁹ Os precedentes poderiam operar como as *estruturas dissipadoras* das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem dentro da desordem do fluir do caos da jurisprudência. Eles, de fato, poderiam constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade, pois, flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento na incontrolável quantidade e variedade dos casos que são decididos pelas cortes. Para que isso aconteça, todavia, é necessário que eles não sejam, na vez deles, um elemento de desordem e de variação casual legada à especificidade dos casos singulares concretos: é necessário, portanto, que se trate de precedentes em sentido próprio e, por isso, que eles apresentem os caracteres distintivos de “raridade”, autoridade e universalidade em função dos quais eles possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária. (TARUFFO, 2011, p. 155).

casos anualmente, *ao passo que a Corte de Cassação italiana prolata em média cinquenta mil sentenças por ano*⁵⁰. Já o Supremo Tribunal Federal julga aproximadamente o dobro do que a Corte de Cassação italiana. Só para se ter uma noção, *no ano de 2008, o STF proferiu 128.823 decisões*.

Mas, segundo estatística obtida no sítio eletrônico do Supremo, este número caiu gradativamente nos anos de 2010, 2011 e 2012 para, respectivamente, 109.688, 102.422 e 90.074, sendo novamente majorado, porém, nos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016, para, respectivamente, 90.252, 114.438, 116.644 e 117.094 (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoessgeral>> - Acesso em 02/02/2017). Conclui-se, portanto, que o número de decisões proferidas pelo Supremo seguiu linha decrescente de 2010 a 2012 e crescente de 2013 a 2016.

Naquelas verdadeiras “cortes de precedentes”, os Tribunais de cúpula sabem que precisam julgar poucos casos para que estes sejam considerados precedentes raros, marcantes e dotados de autoridade e universalidade. Somente assim a racionalidade envolvida nos julgamentos consegue ser captada pelos jurisdicionados e demais tribunais. Marinoni exige que, além de conter essas características, o precedente tenha enfrentado todos os principais argumentos relacionados à questão de direito⁵¹.

Na Alemanha, o ordenamento jurídico, embora pertencente ao tronco do *civil law* (tronco romano-germânico)⁵², também não permite que sua Corte Constitucional fique tão sobrecarregada de processos quanto o nosso Supremo Tribunal Federal, conforme revelou o jurista alemão Jan Peter Schimdt⁵³ em entrevista concedida ao veículo Consultor Jurídico.

⁵⁰ TARUFFO, 2011, p. 145

⁵¹ Ver MARINONI, 2010 p. 216.

⁵² Nas palavras de Jan Peter SCHMIDT: “O Direito Romano é a base da nossa cultura jurídica. Roma foi a única civilização antiga que desenvolveu um modelo muito sofisticado de Direito Privado. Esse Direito Privado foi herdado na Europa por meio de um processo que chamamos de “recepção”. Da Idade Média em diante, ele se espalhou por toda a Europa. E é uma influência civilizadora e unificadora na Europa. Ele impulsionou o nível de sofisticação dos sistemas jurídicos europeus a níveis nunca imaginados pelo Direito tribal germânico. Isso se deu devido ao fato de ele ser um Direito aprendido, um Direito sofisticado que era estudado em universidades. Um Direito que se afirmou por si só. E virou a base para a cultura jurídica predominante na Europa.” <<http://www.conjur.com.br/2015mar01/entrevistareinhardtzimmermannjanpeterschmidtjuristas>> Acesso em 02/12/2015.

⁵³ Ver SCHMIDT, 2015.

6. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

Ao atribuir força vinculante a certos pronunciamentos judiciais, o Novo Código contraria em certa medida, porém, a guinada que se observou, a partir da década de 1990, no Direito Lusitano, do qual o Brasil herdou suas primeiras legislações, pois a previsão contida no art. 927 do NCPC de certa forma resgata os “assentos”⁵⁴, cuja força vinculante foi julgada inconstitucional no ano de 1993 pelo Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 810/1993).

Nesse histórico julgamento ocorrido em 1993, a Primeira Seção do Tribunal Constitucional de Portugal apreciou recurso que sustentava a inconstitucionalidade da aplicação do assento de 3 de Julho de 1984, sob a alegação de que este não constitui fonte de direito como se infere do disposto no artigo 112, nº 1 e 5, da Constituição portuguesa de 1976, corolário do princípio da separação de poderes estabelecido no artigo 111, cuja aplicação “inibe os tribunais de se imiscuírem no campo do legislativo e vice-versa”⁵⁵. E a Corte lusitana, após aquilatar as densas correntes doutrinárias⁵⁶ formadas sobre o espinhoso tema, declarou inconstitucional, em processo de fiscalização concreta, a parte final do art. 2º do Código Civil português (Decreto-Lei nº 47.344/1966), que assim dispunha: “*Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos,*

⁵⁴ O Alvará de 10 de dezembro de 1518, que foi mantido pela Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, estabeleceu que os “assentos” – cuja estrutura era muito semelhante aos enunciados de Súmula brasileiros – teriam força vinculante sobre os demais órgãos do Judiciário português. Tal eficácia geral e vinculante (“doutrina com força obrigatória e geral”) foi mantida pelos Códigos de Processo Civil portugueses de 1939, 1961 e 1966. CRUZ E TUCCI, 2004, pp. 135-145.

⁵⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html> Acesso em 20/10/2016.

⁵⁶ Destacou-se, no julgamento, a doutrina de Castanheira Neves, segundo a qual a natureza jurídica dos assentos vem sendo disputada por três modalidades distintas, *verbis*: “ordem ou instrução (normativa) de serviço afirmada na ordem jurisdicional; interpretação autêntica a imputar-se a um acto jurisdicional; lei interpretativa como possibilidade reconhecida a um tribunal! Tudo isto autênticas heterodoxias dogmáticas que se têm defendido, não decerto qualquer delas com total ou absoluta ausência de fundamento (...), mas a denunciarem, na verdade, a estrutura paradoxal do nosso instituto” (NEVES, 1983, p. 285). Mas o próprio Tribunal afirma que o referido autor entende por classificá-la em norma geral e abstrata, como legítima fonte de direito, “em termos de uma *prescrição* jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma *norma geral e abstracta*, proposta à *pré-determinação normativa* de uma *aplicação futura*, susceptível de garantir a *segurança* e a *igualdade jurídicas*, e que não só se impõe com a força ou eficácia de uma *vinculação normativa universal* como se reconhece legalmente com o carácter de *fonte de direito*, com o que assumem a natureza de uma *disposição legislativa*” (Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html> Acesso em 20/10/2016).

doutrina com força obrigatória geral”⁵⁷. Para tanto, entendeu o Tribunal ser inconstitucional atribuir-se “força obrigatória geral” aos assentos, embora estes possam continuar a ser editados com finalidade meramente persuasiva. O voto-vencido proferido pela Conselheira Maria da Assunção Esteves – no sentido da inconstitucionalidade total daquele art. 2º – bem resume o julgamento no seguinte trecho, *verbis*:

No memorando que apresentei como primeira relatora, defendi a tese da inteira inconstitucionalidade da norma do artigo 2º do Código Civil, que determina que “nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”.

A tese vencedora julga inconstitucional um segmento da norma [o que contém a locução “doutrina com força obrigatória geral”] que, no entanto, esgota todo o sentido do artigo 2º do Código Civil. Depois, num vai-vem entre direito constituído e direito constituindo, reiventa a norma-objecto, com apoio num mecanismo de revisibilidade dos assentos que o sistema não prevê e com o qual, por isso, o sentido remissivo da norma do artigo 2º do Código Civil não conta. E, em nome da unidade da ordem jurídica, propõe um sistema alternativo de uniformização de jurisprudência que rejeita um critério comum de reconhecimento da normatividade entre os juízes do Supremo Tribunal de Justiça e os juízes dos tribunais inferiores, por um lado, e entre os tribunais e a comunidade interpretativa geral, por outro lado. Ao mesmo tempo, põe em causa a liberdade dos juízes, que a Constituição diz que “apenas estão sujeitos à lei” (C.R.P., artigo 206º).

2. A linha argumentativa central do acórdão dirige-se a contornar o problema da natureza legislativa dos assentos. Para isso amputa a norma do artigo 2º do Código Civil da expressão “doutrina com força obrigatória geral”. O acórdão reconhece, pois, que os assentos são inconstitucionais se dispuserem de força obrigatória geral. Como não existe outro lugar do sistema jurídico onde se defina a força vinculativa dos assentos, o acórdão, ao conceder neste ponto, teria de conceder na tese da inteira inconstitucionalidade da norma do artigo 2º do Código Civil, que é uma norma lógica e significativamente incindível.

⁵⁷ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html> Acesso em 20/10/2016,

Mas em vez disso, no seu intuito de salvar aquele instituto, cria-lhe uma segunda natureza, de modo a compatibilizá-lo com a Constituição. Só que essa intencionalidade, mesmo se entendida em termos de uma “teoria de conservação normativa”, não pode significar a ablação de uma norma do seu conteúdo de significação fundamental e a integração pelo intérprete da lacuna criada como se de um legislador em sentido verdadeiro e próprio se tratasse. “... Não pode, no decurso da interpretação, uma lei inequívoca segundo o teor literal e o sentido ser investida de um sentido contrário, nem o conteúdo normativo ser determinado de novo de modo fundamental, nem a meta legislativa defraudada num ponto de vista essencial” (BVerfGE 54, pág. 299).

É isto que o acórdão faz, ao destruir a norma do artigo 2º do Código Civil, que define em termos de «força obrigatória geral» a força vinculativa dos assentos, a estes atribuindo depois, no seu intuito salvífico, uma força vinculativa confinada às instâncias inferiores do segmento da organização judiciária de que o Supremo Tribunal de Justiça é a instância de cúpula⁵⁸.

Como se vê, embora os tribunais portugueses de primeiro e segundo graus não possam mais emitir assentos com “força obrigatória geral”, os assentos emanados do Supremo Tribunal de Justiça⁵⁹ seguem tendo força obrigatória em relação àquelas cortes inferiores.

No Direito Constitucional português, assim como no brasileiro, em regra somente a decisão proferida em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade é que ostenta caráter geral e vinculante (lá denominado de “força obrigatória geral”). Não obstante, o art. 281, 3, da Constituição lusitana excepcionalmente atribui tal força obrigatória geral ao controle incidental, desde que o preceito normativo tenha sido julgado pelo Tribunal Constitucional como inconstitucional ou ilegal em *três casos concretos*.

Outro problema que se coloca na institucionalização do julgamento de teses é o de extrair o trecho relevante que formará a “tese” do julgado e que, assim, vinculará os demais juízes e tribunais. Sabe-se

⁵⁸ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html> Acesso em 20/10/2016.

⁵⁹ De acordo com o art. 210, nº 1, da Constituição Portuguesa, o Supremo Tribunal de Justiça é o “órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional” (disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-orgaoconst.html>>. Acesso em 20/10/2016).

que no controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, a eficácia contra todos (*erga omnes*), que atinge a toda a coletividade brasileira, sem exceção, encontra-se no *dispositivo* do acórdão proferido pelo Plenário do Supremo, que declara que determinada lei é constitucional ou não; isso vale para toda e qualquer pessoa. O efeito vinculante dessa mesma decisão, por sua vez, é extraído da *fundamentação* do julgado; é a “tese” – ou, como prefere a doutrina majoritária, a *ratio decidendi* (ou *holding*, como preferem os juristas estadunidenses) - dali extraída que orientará os demais juízes e tribunais a julgarem da mesma forma outras leis que tenham as mesmas características daquela que foi sindicada pelo Supremo. A *tese*, porém, não se confunde com a própria *fundamentação* da qual é extraída, sendo mais restrita⁶⁰ que esta, pois aquela consiste na descrição do entendimento adotado pela corte como premissa necessária para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. O próprio Código de 2015 implicitamente distingue “tese” de “fundamentação” nos artigos 979, § 2º; 988, § 4º; e 1039. Por isso, no mais das vezes, os fundamentos da decisão são mais abrangentes que a tese a partir deles formada⁶¹. Nos Estados Unidos, o método colegiado de decisão no julgamento pela Suprema Corte é *reservado e deliberativo*, pois a decisão final é formada a portas fechadas e levando-se em conta a posição da maioria em determinado sentido; no Brasil, ao contrário, o método é *público e agregativo*, de modo que aqui o resultado é alcançado aritmeticamente, sem que, porém, a tese formada decorra necessariamente dos mesmos fundamentos utilizados pela maioria dos julgadores, o que torna maior a dificuldade de sabermos se a tese final foi de fato adotada pela maior parte do colegiado⁶², porquanto cada um dos magistrados que compôs a maioria pode ter adotado um fundamento distinto para tanto.

⁶⁰ Segundo MARINONI (2010, p. 149), “a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”.

⁶¹ “A *ratio decidendi* ou o *holding* não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão. Essa diferença sutil foi objeto dos debates travados durante o julgamento da ADI 4697, quando parte do pleno do Supremo Tribunal Federal inclinou-se a aprovar, como tese afirmada no julgamento, a proposição segundo a qual é constitucional a lei que delega a fixação da anuidade aos Conselhos Profissionais, desde que determine o seu limite máximo e defina parâmetros para a sua gradação. No caso, o fundamento da decisão era a compatibilidade da delegação da competência para definir tal anuidade com o princípio da legalidade, na medida em que a lei delimitava ao menos seu teto e critérios mínimos de escalonamento” (MENDES; MELLO, 2016, p. 22).

⁶² BARROSO; MELLO, 2016, p. 23

Há, no *Common Law*, dois métodos clássicos para se definir a *ratio decidendi* e o seu alcance. Se utilizado o método “*fático-concreto*”, a extensão do precedente será mais restrita, já que este somente poderá ser utilizado para casos realmente muito semelhantes. De outro lado, de acordo com o método “*abstrato-normativo*”⁶³, a *ratio decidendi* terá em conta a norma mais adequada para solucionar todas as demandas que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude, o que poderá gerar um precedente muito assemelhado a uma norma geral e abstrata. Uma tese muito restrita às particularidades do caso concreto que lhe deu origem pode tornar-se pouco aplicável, ao passo que a sua excessiva generalização pode acabar usurpando a função legislativa⁶⁴. Daí a importância que a doutrina atribui à utilização conjugada dos dois métodos, a fim de não se limitar excessivamente a aplicação de um precedente, de um lado, nem se alargar em demasia sua incidência, de outro⁶⁵.

7. CONCLUSÃO

Conclui-se que o Novo Código não estabelece um verdadeiro sistema de precedentes, até porque ele, em rigor, como já visto acima, não trata de precedentes⁶⁶, senão apenas determina que determinados pronunciamentos judiciais de tribunais (entre acórdãos e verbetes sumulares) sejam observados por parte dos juízes e órgãos jurisdicionais a estes vinculados. O Senado, que foi a Casa iniciadora do Novo CPC, suprimiu o Capítulo denominado “Do Precedente Judicial”, que havia sido criado pela Casa revisora, a Câmara dos Deputados.

Isso demonstra que a intenção de se aprofundar sobre o tema e mesmo de institucionalizá-lo no Código restou abortada pela própria Casa iniciadora do Projeto.

⁶³ É neste método que a doutrina brasileira se escuda para afirmar que um julgado vinculante, além de criar a norma individual para resolver o caso concreto, “também cria outra norma, de caráter geral, que servirá de baliza decisória para os casos idênticos” (CRAMER, 2016, p. 89). Ao aplicar esse método, o órgão colegiado deve ter o cuidado, porém, de não criar uma norma cuja formulação não era necessária e suficiente à resolução do caso concreto, pois, nesse caso, o Judiciário estaria usurpando a função primordial do Legislativo.

⁶⁴ Ver BARROSO; MELLO, 2016, p. 21.

⁶⁵ *Idem*, pp. 19-23

⁶⁶ Embora não definam o que se deve entender por precedente, tal como este é formalmente concebido nos países de *Common Law*, os artigos 489, § 1.º, V e VI, 926, §2º, 927, §5º, 988, IV, e 1.042, § 1.º, II, do Novo Código valem-se expressamente do termo “precedente”.

E, em nossa opinião, fez bem o Senado, pois, como observa Streck⁶⁷, o Novo Código não disciplina precedentes, senão traz provimentos vinculantes *por disposição legal*, como, por exemplo, súmula vinculante e acórdãos paradigmáticos, cuja função é a de reduzir a complexidade judicial, para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. O sistema genuíno de precedentes inglês, por sua vez, é criador de complexidade, o que permite a sua equiparação ao contido no artigo 927, a menos que se desvirtue a aplicação do NCPC.

Desde a tramitação do projeto no Congresso Nacional, a inovação normativa está polarizando o debate doutrinário sobre o tema. De um lado, parcela da doutrina enxerga nos precedentes uma absorção inadequada de outra cultura, causadora de ruptura catastrófica com os princípios da legalidade e da separação de poderes, sendo, por isso, inconstitucional; a outra parte da doutrina visualiza nos precedentes uma mudança decorrente na teoria da interpretação e, conseqüentemente, na teoria do direito, e não uma *mera* importação do *Common Law*, de modo que a vinculação aos precedentes é imperativo da racionalidade, coerência, segurança jurídica e igualdade, sendo, portanto, constitucional⁶⁸.

Abonamos a segunda corrente, porém, com algumas ressalvas.

É que a vinculação atribuída pelo Novo Código a determinados pronunciamentos judiciais não significa que o Judiciário deverá encerrar-se em si mesmo, autopoieticamente, como o ponto de chegada do fenômeno jurídico. Ao contrário disso, o Novo Código propõe uma vertente participativa/cooperativa, a estimular o policentrismo e a interdependência de todos os sujeitos processuais, em um verdadeiro contraditório substancial, de modo que um pronunciamento vinculante não seja visto como um ponto de chegada, senão de partida, sempre aberto aos argumentos que poderão ser lançados quanto à sua correta aplicabilidade ao caso concreto, rumo ao seu aprimoramento.

A observância de pronunciamentos vinculantes que definem teses jurídicas não deve ocorrer do mesmo modo pelo qual um magistrado observa um comando legal, cuja abertura interpretativa nem sempre leva o Judiciário a dar tratamento isonômico a quem se

⁶⁷ STRECK, 2016b, p. 5

⁶⁸ ZANETI JR., 2016b, p. 372

encontra em situação semelhante perante uma mesma lei. Esta, por si só, nada garante⁶⁹. Com efeito, a aplicação de um precedente não pode seguir a mesma lógica de aplicação de uma lei, já que “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”⁷⁰. Vale dizer, um precedente se constrói gradativamente, diante da diuturna confrontação entre os aspectos fáticos do caso a ser julgado e os do que levou à formulação do precedente. Não se trata, portanto, de subsunção do fato a uma norma geral (plasmada num enunciado sumular, p.e.), tal como pregava a Escola da Exegese, com suas pretensões totalizantes, no sentido de tentar esgotar toda a diversidade do fenômeno jurídico por meio de textos legais e de aprisionar o sentido destes mediante recursos gramaticais (por isso que a Exegese também é conhecida como Escola Filológica⁷¹). O *Civil Law*, diferentemente do *Common Law*, sempre se iludiu com a promessa legal de certeza jurídica⁷², e sabemos que tal promessa jamais foi cumprida, já que a lei não amarra o magistrado.

Nessa linha, Maurício Ramires anota que há enorme diferença entre a aplicação de um precedente, no estilo do *Common Law*, e de uma tese contida em súmula (ou em julgamento proferido pelo STF ou STJ). Na observância de um precedente, os juízes podem ampliar (*widening*) o espectro fático do precedente ou mesmo reduzi-lo (*narrowing*), pois é no caso concreto que se constrói a solução jurídica em sistemas de precedentes. Em sistemas como o nosso, porém, a aplicação de um enunciado geral de jurisprudência não leva

⁶⁹ “A lei, pura e simplesmente, não mais garante automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo ‘filtro’ dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si” (WAMBIER, 2014, p. 1226).

⁷⁰ DWORKIN, 2002, p. 176

⁷¹ Interessante notar que o positivismo normativista de Kelsen, embora represente um enorme aprimoramento científico em relação ao Paleojuspositivismo, continua vinculado aos limites da semântica, de modo que se afasta propositalmente do “nível poluído do ambiente propriamente interpretativo do direito”, para apegar-se a uma pureza jurídica supostamente científica, na qual aspectos valorativos/axiológicos não devem ser levados em conta pelo cientista do Direito, mas, quando muito, apenas por seus operadores (STRECK, 2016c, p. 124-125). Como se vê, para Kelsen, a separação que existe é entre a *Ciência* do Direito e outros ramos das “ciências” humanas (tais como a Filosofia, a Moral, a Política, a Sociologia, a Psicologia, etc), e não entre o Direito propriamente dito e estes. Tal nuance é relevante, mas nem sempre considerada em leituras menos atentas.

⁷² Ver MARINONI, 2010, p. 49.

em conta as peculiaridades fáticas dos julgados que lhe serviram de inspiração, o que torna a aplicação de uma súmula algo muito assemelhado à aplicação de uma lei geral e abstrata⁷³.

Daí que os pronunciamentos vinculantes previstos no art. 927 devem ser vistos como orientações gerais e *concretas*⁷⁴ dos tribunais, mas não *abstratas*, sem que a sua possibilidade de aplicação a inúmeros casos iguais, porém, fique prejudicada em razão daquela concretude. O fato de um pronunciamento ser concreto não o impede de ser universal, mas sim o obriga, pois a universalidade é uma exigência de qualquer decisão judicial.

É que, embora o nosso Direito continue tendo a lei como sua fonte formal por excelência, o direito aplicado pelos tribunais, sobretudo os de superposição, passa agora a ocupar um papel de proeminência na interpretação jurídica, já que esta, a partir do Novo Código, deverá debruçar-se também sobre os textos produzidos pelos Tribunais Superiores. Se assim não for, de que adiantará a lei ser a mesma para todos⁷⁵ Sê-lo-á apenas no papel, se os juízes puderem, cada um à sua moda, aplicarem-na do modo que quiserem e sem respeitar o sentido interpretativo fixado pelas Cortes de vértice.

Enfim, não se trata de cercear a independência interpretativa dos juízes e tribunais de primeira e segunda instâncias, mas sim de conscientizá-los do relevante papel que organicamente ocupam na pirâmide judiciária, cujo complexo funcionamento deve prestar reverência não apenas à autonomia judicial, mas, sobretudo, à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, à confiança, à coerência, à imparcialidade, à igualdade perante a jurisdição, ao desestímulo à litigância excessiva, ao respeito à hierarquia, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência que os novos instrumentos processuais poderão proporcionar aos jurisdicionados.

⁷³ RAMIRES, 2010, p. 73

⁷⁴ Ver ZANETI JR, 2016a, p. 368.

⁷⁵ “O princípio da legalidade, base do Estado de Direito, só tem sentido prático se concretizado à luz do princípio da isonomia. Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão qual vai ser a aplicada pelo juiz, no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados” (WAMBIER *et al*, 2014, p. 225).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, 3a edição. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; Claudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, 2a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, v.15, n.3, 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundamental difference – or no difference at all? In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; et al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*, 25a edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica, 1a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo C.; BURIL, Lucas; ATAÍDE JR, Jaldemiro R. (coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 2, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10a edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo C.; BURIL, Lucas; ATAÍDE JR, Jaldemiro R. (coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, 2a edição. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LACOMBE, Margarida Maria Camargo. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, 3a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACCORMICK, Donald Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O novo processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, 2a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de direito romano: parte introdutória e geral*, 4a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova*

sistemática processual civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). Leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.325/2001, 3a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil, 3a edição rev.* São Paulo: Método, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no Novo CPC. *Revista de Processo.* Brasília, v. 259, p. 405-436, 2016.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *As relações entre a doutrina e a jurisprudência.* *Consultor Jurídico.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-24/direito-comparado-relacoes-entre-doutrina-jurisprudencia>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Teses jurídicas prejudiciais: a ampliação dos limites da coisa julgada enquanto fundamento e técnica otimizadora de julgamentos por amostragem.* 236f. Tese de doutoramento aprovada, em 19/04/2016, pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). 2016. CDU 347.953.

SCHMDT, Jan Peter. Entrevista ao site Consultor Jurídico em 01/03/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015mar01/entrevistareinhardzimmermannjanpeterschmidtjurista>> Acesso em 02/03/2015.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref2>. Acesso em: 10 de outubro de 2016a.

_____. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii#sdfootnote6anc>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016b.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016c.

_____. O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em 20 de novembro de 2016d.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4a edição. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 221-242, 2011b.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2a edição.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto. *Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição Constitucional*. Publicado em 19.08.2007. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In:_____; MARINONI, Luiz Guilherme ; MITDIERO, Daniel. *La mision de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 139-155, 2011.

_____. *Páginas sobre justicia civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil – demandas repetitivas. *Revista de Processo*, v. 255, p. 359- 372, 2016.

VASQUEZ SOTELO, José Luiz. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1998, pp. 323-382.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cada caso comporta uma solução correta? In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI,

Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Direito jurisprudencial*, vol. II. São Paulo: Ed. RT, p. 1119-1238, 2014.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, 2a edição. Salvador: JusPodivm, 2016a.

_____. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo*. São Paulo, v. 257, p. 371-388, 2016b.

_____. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 235, p. 293-349, 2014.